

# DER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE IM UNTERNEHMEN

Informationen zum Datenschutz | August 2021

## Einleitung

Unternehmen haben unter Geltung der DSGVO die Wahl zwischen der Benennung eines internen Datenschutzbeauftragten und der Beauftragung eines Dritten, der als externer Datenschutzbeauftragter für das Unternehmen tätig wird. Grundlage für die Bestellung ist dabei entweder die datenschutzrechtliche Verpflichtung des Unternehmens durch die DSGVO oder das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) oder die freiwillige Entscheidung des Unternehmens, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, um beispielsweise den datenschutzrechtlichen Anforderungen besser gerecht zu werden.

Über die [Benennung des Datenschutzbeauftragten und seine Stellung im Unternehmen](#) haben wir bereits im Juni 2020 informiert und insbesondere die Meldung der Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten an die Aufsichtsbehörde sowie die aufgrund des Zweiten Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetzes EU vom 20.11.2019 geänderten Benennungsvoraussetzungen in den Blick genommen. In diesem Beitrag möchten wir schwerpunktmäßig beleuchten, welche Voraussetzungen und sonstige Aspekte bei der Auswahl der Person des Datenschutzbeauftragten zu berücksichtigen sind und unter welchen Bedingungen eine Abberufung möglich ist sowie aktuelle gerichtliche Entscheidungen zu dieser Thematik in den Blick nehmen.

## Anforderungen bei der Bestellung und Abberufung des Datenschutzbeauftragten

### Bestellpflicht

Unternehmen sind nach Art. 37 Abs. 1 DSGVO insbesondere dann zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet, wenn ihre Kerntätigkeit in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, die wegen ihrer Art, ihres Umfangs und bzw. oder ihrer Zwecke, eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung betroffener Personen erforderlich machen. Gleiches gilt, wenn Unternehmen umfangreich besondere Kategorien von Daten nach Art. 9 DSGVO oder personenbezogene Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten nach Art. 10 DSGVO im Rahmen ihrer Kerntätigkeit verarbeiten.

Der deutsche Gesetzgeber hat darüber hinaus von der Öffnungsklausel in Art. 37 Abs. 4 DSGVO Gebrauch gemacht und in § 38 BDSG weitere Fälle benannt, in denen ein Datenschutzbeauftragter verpflichtend bestellt werden muss. Von besonderer praktischer Relevanz ist dabei die Regelung, dass Unternehmen zwingend einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen haben, wenn in der Regel mindestens 20 Mitarbeiter ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind.

Daneben besteht auch dann eine Bestellpflicht, wenn die Verarbeitungstätigkeit des Unternehmens eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO erfordert oder eine geschäftsmäßige Verarbeitung der personenbezogenen Daten zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung gegeben ist.

### Relevante Aspekte bei der Auswahl der Person des Datenschutzbeauftragten

Die DSGVO gewährt verantwortlichen Unternehmen bei der Auswahl der Person des Datenschutzbeauftragten insoweit einen gewissen Gestaltungsspielraum, als dass Art. 37 Abs. 6 DSGVO ausdrücklich die Wahlmöglichkeit zwischen der Bestellung eines Beschäftigten des Unternehmens (interner Datenschutzbeauftragter) und der Benennung einer externen Person (externer Datenschutzbeauftragter) vorsieht. In jedem Fall müssen dabei allerdings die formalen Anforderungen des Art. 37 Abs. 5 DSGVO erfüllt werden, so dass eine hinreichende berufliche Qualifikation sowie die erforderlichen Fachkenntnisse auf dem Gebiet des Datenschutzrechts vorliegen müssen und Erfahrungen in der Datenschutzpraxis nachgewiesen werden können.

Eine nähere Konkretisierung der notwendigen Qualifikation des Datenschutzbeauftragten nimmt die DSGVO selbst nicht vor. Gleichwohl ergibt sich aus Art. 37 Abs. 5 DSGVO zumindest das Erfordernis, dass der Datenschutzbeauftragte auf Grundlage seiner Fähigkeit zur Erfüllung der in Art. 39 DSGVO genannten Aufgaben in der Lage sein muss. Erwägungsgrund 97 DSGVO führt hierzu aus, dass sich das erforderliche Niveau des Fachwissens insbesondere nach den Datenverarbeitungsvorgängen, die im Rahmen der Unternehmenstätigkeit durchgeführt werden, und dem erforderlichen Schutz für die verarbeiteten Daten richtet. Je sensibler und schutzbedürftiger also die verarbeiteten Daten bzw. je komplexer die Verarbeitungsvorgänge des Unternehmens sind, desto höhere Anforderungen sind an die erforderliche fachliche Qualifikation des Datenschutzbeauftragten zu stellen. In jedem Fall bedeutet ein ausreichendes datenschutzrechtliches Wissen aber, dass die Person des Datenschutzbeauftragten sämtliche einschlägigen Datenschutzvorschriften kennen, diese in der Praxis anwenden und Gesetzesänderungen, aktuelle Rechtsprechung sowie neue Technologien überblicken können muss. Soll ein Beschäftigter des Unternehmens als Datenschutzbeauftragter benannt werden, ist vor dessen Bestellung seitens des Unternehmens zu prüfen, ob eine entsprechende fachliche Eignung des Mitarbeiters tatsächlich gewährleistet werden kann.

Der Datenschutzbeauftragte muss seine Aufgaben zudem unabhängig und weisungsfrei ausüben können. Insbesondere bei der Benennung eines internen Datenschutzbeauftragten ist dabei zu beachten, dass dem Datenschutzbeauftragten ausreichend Arbeitszeit zur Erledigung seiner datenschutzrechtlichen Aufgaben einzuräumen ist und er wegen seiner Tätigkeit und der Erfüllung seiner Aufgaben gem. Art. 38 Abs. 3 DSGVO weder abberufen noch benachteiligt werden darf, er also eine besondere Privilegierung genießt. Auch wenn die DSGVO selbst keinen expliziten Kündigungsschutz vorsieht, sollte an dieser Stelle gleichwohl berücksichtigt werden, dass das Abberufungs- und Benachteiligungsverbot unter anderem dazu führen kann, dass arbeitsrechtliche Maßnahmen, wie etwa eine Kündigung des Datenschutzbeauftragten, erheblich erschwert werden, sofern sich der Mitarbeiter darauf beruft, dass er wegen seiner Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter gekündigt wurde. Noch weitergehend hat der deutsche Gesetzgeber in § 38 Abs. 2 i. V. m. § 6 Abs. 4 BDSG zusätzlich einen besonderen Abberufungs- und Kündigungsschutz zugunsten des internen Datenschutzbeauftragten statuiert. Kommt dieser Schutz zum Tragen, sind Abberufung und Kündigung des internen Datenschutzbeauftragten nur bei Vorliegen der Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung – also insbesondere bei Vorliegen eines wichtigen Grundes – möglich. Zudem wirkt der so gewährte Schutz nach § 6 Abs. 4 S. 3 BDSG für ein Jahr nach Ende der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter fort.

Grundsätzlich kann der Datenschutzbeauftragte nach Art. 38 Abs. 6 DSGVO neben seiner datenschutzrechtlichen Tätigkeit noch andere Aufgaben wahrnehmen, solange sich hieraus kein Interessenkonflikt ergibt. Von Bedeutung ist diese Regelung vornehmlich dann, wenn ein Mitarbeiter des Unternehmens zusätzlich zu seiner eigentlichen Tätigkeit das Amt des internen Datenschutzbeauftragten übernehmen soll. Ein Interessenkonflikt kann sich insoweit schon aus der Stellung des Mitarbeiters im Unternehmen ergeben. Insbesondere Unternehmensinhaber und Mitglieder der Geschäftsleitung oder des Vorstandes sind insoweit von vornherein von der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter ausgeschlossen, da sie originär für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung verantwortlich sind. Gleiches gilt auch für andere Mitarbeiter, wenn sie unter Berücksichtigung ihrer sonstigen Aufgaben vor allem die Ergebnisse ihrer eigenen Arbeit kontrollieren müssten. Betroffen sind insoweit vor allem Mitarbeiter, die eine leitende Position innehaben und aus diesem Grund intern einen Teil der Datenverarbeitung verantworten. In welchen Fällen tatsächlich eine Interessenkollision vorliegt und es damit an der erforderlichen Zulässigkeit fehlt, ist letztlich allerdings eine Frage des Einzelfalls.

### Ende der Bestellungspflicht

Liegen die Voraussetzungen des Art. 37 Abs. 1 DSGVO oder von § 38 BDSG nicht mehr vor, sind Unternehmen nicht länger zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet. In diesem Fall kann der zugrundeliegende Vertrag mit dem externen Datenschutzbeauftragten unter Berücksichtigung der vereinbarten Bedingungen gekündigt bzw. der interne Datenschutzbeauftragte unter Einhaltung der weiteren Voraussetzungen abberufen werden.

Durch die Formulierung „in der Regel“ lässt § 38 BDSG einen gewissen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Bestellpflicht zu. Bei der Beurteilung der Frage, ob der Schwellenwert eines Kreises von 20 Mitarbeitern, die ständig mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind, überschritten ist, ist dabei grundsätzlich vom Normalzustand auszugehen. Wird der Wert nur kurzzeitig, beispielsweise aufgrund des Ausscheidens eines Mitarbeiters unterschritten, ist die nunmehr vakante Stelle aber auf Dauer angelegt und soll neu besetzt werden, bleibt diese Schwankung unberück-

sichtigt und führt nicht dazu, dass der Datenschutzbeauftragte aufgrund des Unterschreitens des Schwellenwertes von seiner Tätigkeit entbunden werden kann.

Regelmäßig dürfte die Benennung eines Datenschutzbeauftragten allerdings auch dann weiterhin sinnvoll sein, wenn Unternehmen der Bestellpflicht nicht mehr unterfallen, da der Wegfall der Bestellpflicht natürlich nicht dazu führt, dass auch die Pflicht zur Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen entfällt. Fehlt die Expertise des Datenschutzbeauftragten, birgt dies das Risiko, dass Unternehmen den datenschutzrechtlichen Anforderungen nicht im erforderlichen Maß gerecht werden und sich damit das Haftungsrisiko erhöht.

### Abberufung des Datenschutzbeauftragten

Soll der Datenschutzbeauftragte – unabhängig davon, ob die Bestellpflicht entfällt oder nicht – abberufen werden, sind die hierfür erforderlichen Voraussetzungen einzuhalten. Sofern die Zusammenarbeit mit einem externen Datenschutzbeauftragten beendet werden soll, sind insoweit die vertraglich vereinbarten Bedingungen maßgeblich. Übernimmt hingegen ein Mitarbeiter des Unternehmens das Amt des internen Datenschutzbeauftragten, ist grundsätzlich zwischen der Kündigung des Arbeitsverhältnisses und der Abberufung von der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter zu differenzieren und der bereits dargestellte Abberufungs- und Kündigungsschutz ist zu beachten. Wird das Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters gekündigt, liegt darin in der Regel auch gleichzeitig dessen wirksame Abberufung. Umgekehrt ist eine Abberufung auch dann möglich, wenn das Arbeitsverhältnis grundsätzlich fortbesteht. In diesem Fall ist allerdings zu berücksichtigen, dass seitens des Arbeitnehmers ein Anspruch auf Beschäftigung als Datenschutzbeauftragter bestehen kann, selbst wenn die Voraussetzungen für eine Bestellpflicht entfallen. Insoweit müssen bei der Abberufung des internen Datenschutzbeauftragten auch die einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften berücksichtigt werden. Weiter ist für eine wirksame Abberufung das Vorliegen eines wichtigen Grundes erforderlich und die Abberufungsfrist muss ausreichend lang gewählt werden, um eine sachgerechte Aufgabenerfüllung zu ermöglichen. Ein solcher wichtiger Grund i. S. d. § 6 Abs. 4 BDSG kann beispielsweise bei einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers, bei einer Betriebsschließung oder einem Wegfall der Bestellpflicht vorliegen. Nicht ausreichend ist hingegen der Wunsch nach einem personellen Wechsel auf der Position des Datenschutzbeauftragten, auch wenn diesem sachliche Erwägungen zugrunde liegen, da ansonsten der Schutzzweck von § 38 Abs. 2 i. V. m. 6 Abs. 4 BDSG ins Leere liefe.

### Aktuelle gerichtliche Entscheidungen

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte sich inzwischen mehrfach mit Fragen der Abberufung von Datenschutzbeauftragten und deren Kündigung zu beschäftigen. Dabei waren unter anderem auch die Unterschreitung des Schwellenwertes zur verpflichtenden Bestellung eines Datenschutzbeauftragten nach dem BDSG und das Vorliegen eines Interessenkonflikts auf Seiten des internen Datenschutzbeauftragten von Relevanz. Bereits im vergangenen Jahr hat das BAG dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zu dieser Thematik verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt ([Beschluss vom 30.07.2020 – 2 AZR 225/20 \(A\)](#)). Jüngst hat das BAG sich erneut mit einer weiteren Fragestellung zur Abberufung des Datenschutzbeauftragten an den EuGH gewendet ([Beschluss vom 27.04.2021 – 9 AZR 383/19 \(A\)](#)). Für das BAG in den Verfahren von Interesse war insbesondere die Frage, ob die Regelungen des § 6 Abs. 4 BDSG zum Abberufungs- und Kündigungsschutz mit den europarechtlichen Regelungen der DSGVO vereinbar sind.

Im Rahmen des Verfahrens aus dem vergangenen Jahr beschäftigte sich das BAG vor allem mit der Frage, ob der über die Regelungen der DSGVO hinausgehende Sonderkündigungsschutz des § 6 Abs. 4 S. 2 BDSG, der eine Kündigung des internen Datenschutzbeauftragten nur dann erlaubt, wenn Tatsachen vorliegen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, rechtskonform ist. Konkret legte das BAG dem EuGH die Frage vor, ob die Regelung des deutschen Gesetzgebers, die die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Datenschutzbeauftragten unabhängig davon, ob sie wegen der Erfüllung seiner Aufgaben erfolgt, für unzulässig erklärt, mit der DSGVO vereinbar ist. Sofern dies nicht der Fall ist, möchte das BAG zudem wissen, ob dies auch dann gilt, wenn die Bestellungspflicht sich ausschließlich aus dem nationalen Recht ergibt. Die Vorinstanzen hatten sich zudem mit der Frage zu beschäftigen, ob die unternehmerische Entscheidung, den internen durch einen externen Datenschutzbeauftragten zu ersetzen, einen wichtigen Grund i. S. d. § 6 Abs. 4 BDSG darstellen kann. Dies wurde insofern verneint, als dass hierdurch der besondere Abberufungsschutz zur Disposition gestellt würde.

In dem aktuellen Verfahren wandte sich das BAG mit einer ähnlichen Fragestellung an den EuGH. Nunmehr möchte das BAG wissen, ob die nationale Regelung des § 6 Abs. 4 S. 1 BDSG, die auch die Abberufung des internen Datenschutzbeauftragten an einen wichtigen Grund i. S. v. § 626 BGB und damit an strengere Voraussetzungen als das Unionsrecht knüpft, mit den europarechtlichen Regelungen der DSGVO vereinbar ist. Sofern die Anforderungen des BDSG an eine Abberufung rechtskonform sind, ist aus Sicht des BAG zudem weiter klärungsbedürftig, ob die Ausübung des Amtes des internen Datenschutzbeauftragten mit der Stellung als Vorsitzender des Betriebsrates vereinbar ist oder ob insoweit ein Interessenkonflikt i. S. d. Art. 38 Abs. 6 S. 2 DSGVO vorliegt. In dieser Frage herrscht bislang Uneinigkeit.

Wie der EuGH und im Anschluss auch die nationalen Gerichte in den beiden Verfahren entscheiden werden, bleibt abzuwarten. Die Diskussion um das Verhältnis von Art. 38 DSGVO und § 6 Abs. 4 BDSG war bislang vor allem wissenschaftlicher Natur. Einerseits wird insoweit vertreten, dass es sich bei § 6 Abs. 4 BDSG um eine arbeitsrechtliche Regelung handele, zu deren Ausgestaltung der nationale Gesetzgeber grundsätzlich befugt sei und die deshalb ergänzend zu den Vorgaben der DSGVO beibehalten werden könne. Andererseits wird für eine Sperrwirkung des Art. 38 DSGVO zumindest mit Blick auf die Abberufung als besondere Form der Beendigung plädiert. Die Entscheidung des EuGH könnte nunmehr weitreichende Folgen – nicht nur für die Beschäftigung von internen Schutz-

beauftragten – haben. Durch den Vorlagebeschluss wird der EuGH ebenfalls veranlasst, zu dem hoch umstrittenen Verhältnis von DSGVO und BDSG Stellung zu nehmen und darüber hinaus zu klären, ob Art. 38 III 2 DSGVO selbst auf einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage beruht, was bislang mitunter angezweifelt wird.

## Fazit

Die DSGVO gewährt Unternehmen bei der Bestellung eines Datenschutzbeauftragten einen gewissen Gestaltungsspielraum, statuiert gleichzeitig jedoch verschiedene, teilweise nicht unumstrittene Anforderungen und Voraussetzungen, die bei der Auswahl der Person des Datenschutzbeauftragten berücksichtigt werden müssen. Aus den einzelnen Anforderungen ergeben sich dabei mitunter auch längerfristige Konsequenzen, die bei der Entscheidung nicht aus dem Blick geraten sollten. Neben datenschutzrechtlichen Aspekten betrifft dies vor allem Themen aus dem Arbeitsrecht. Dass insbesondere die Bestellung eines internen Datenschutzbeauftragten dabei auch mit komplexen und streitbehafteten Fragestellungen einhergehen kann, machen auch die Verfahren vor dem BAG deutlich.

Streben Unternehmen die Benennung eines internen Datenschutzbeauftragten an, sollte vor dessen Bestellung in jedem Fall genau geprüft werden, ob ein möglicher Interessenkonflikt auf Seiten des Mitarbeiters vorliegt, er über eine ausreichende fachliche Qualifikation verfügt und auch die übrigen Benennungsvoraussetzungen vorliegen. Ebenso sollten auch die arbeitsrechtlichen Konsequenzen bedacht und Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung im Blick behalten werden.

Da der Datenschutzbeauftragte im Unternehmen eine zentrale Beratungs- und Kontrollfunktion übernimmt und auch nach außen als Ansprechpartner für jedwede Anfragen zur Verfügung stehen muss, kann es in vielen Fällen in Anbetracht der hierfür erforderlichen Fachkompetenz und auch zur Vermeidung interner (arbeitsrechtlicher) Konflikte sinnvoll sein, einen externen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. Dies gilt umso mehr, je intensiver die Datenverarbeitungsvorgänge des Unternehmens und je sensibler die hierbei verarbeiteten Daten sind. Die Benennung eines Datenschutzbeauftragten ist zudem häufig auch für solche Unternehmen sinnvoll, die nicht oder nicht mehr der Benennungspflicht unterliegen, um die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben im Unternehmen trotzdem sicherzustellen.

Christina Prowald

## Kontakt:

BRANDI Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB  
Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld

**Christina Prowald**  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin

T +49 521 96535 - 890  
F +49 521 96535 - 113  
E christina.prowald@brandi.net

